PROPRIÉTAIRE ET LOCATAIRE D'IMMEUBLE EN DROIT MUSULMAN MÉDIÉVAL (JUSQUE VERS L'AN 1200)

Bien connu est le pittoresque et savoureux passage d'al-Jāḥiẓ, dans son « Livre des Avares » *(Kitāb al-Buḫalā')*, qui étale les griefs des propriétaires d'habitations envers leurs locataires, véritable diatribe socio-économique du bailleur d'immeuble contre l'occupant à titre onéreux [1]. L'exagération humoristique du réquisitoire n'interdit pas, sur le plan historique et objectif, une instructive décantation : mentalités et comportements s'y affrontent, que sous-tendent des réalités matérielles et des impératifs concrets. Si le sarcasme pour amuser est d'évidence touchant les plaintes démesurées de ces soi-disant malheureux propriétaires, n'est sans doute pas pour autant négligeable la double affirmation d'une assez faible rentabilité, comparée aux revenus ruraux, et de risques sensibles de détérioration. Des problèmes très réels se posent à propos du nombre des occupants ou d'une sous-location à prix plus élevé, et encore davantage lorsque les locataires commettent des dégâts ou sont mauvais payeurs ou se font rembourser plus que certains débours ou vont même, par des procédés abusifs,

(1) Éd. Ṭaha al-Ḥājirī, Le Caire 1948, pp. 71-76 ; trad. Ch. Pellat, Beyrouth-Paris 1951, pp. 116-128.

jusqu'à prétendre à une part de propriété (1). Certaines des relations juridiques impliquées ne doivent-elles pas nous inciter à nous tourner vers les juristes de la même culture et, au moins au départ, du même temps ?

A l'époque d'al-Jāḥiẓ (m. 869), le droit musulman avait déjà ses assises, ses méthodes de base, ses divergences entre maîtres et écoles, le tout n'excluant pas, bien entendu, d'importants développements ultérieurs. La présente étude ne dépassera pas — à une brève exception près, tout à la fin — la période, suffisamment féconde et étendue, pouvant être qualifiée de classique, qui va en gros du milieu du VIIIe siècle jusque vers 1200, correspondant à peu près à la durée des 'Abbāsides de Bagdad.

Concernant la location du logement dans ce système de pensée, deux observations paraissent mériter d'être mises en exergue. La première est relative à la classification. La « location » ou louage de chose, qui se dit précisément *kirā'* (d'où l'espagnol *alquiler*), fait partie de l'*ijāra* ou « louage », qui comprend également le louage de services et le louage d'industrie, ce dernier spécifié toutefois ordinairement par le terme *ju'l*. De même, en droit romain, la *locatio conductio* était ou *rei* ou *operarum* ou *operis faciendi* (2). S'il est vrai que dans les ouvrages classiques le *ju'l* appelle volontiers un exposé à part, et que les baux ruraux ne se confondent pas avec la location d'immeubles d'habitation, celle-ci néanmoins est traitée le plus fréquemment en liaison étroite, dans nombre de ses aspects, avec d'autres formes de l'*ijāra*, qu'il s'agisse par exemple de services ou d'animaux de transport. Quelles que soient les distinctions indispensables opérées par les auteurs eux-mêmes, un amalgame ne manque pas parfois de se produire entre des thèmes législatifs aussi emmêlés.

La deuxième observation liminaire est sur les sources du droit. Il n'est pas indifférent de constater que la réglementation

(1) Ce n'est pas sans raison que Fr. Gabrieli, qui a par ailleurs traduit ce passage en italien, qualifie Jāḥiẓ de « reporter », *Oriente Moderno*, 1952, p. 209.

(2) D'où la réflexion de J. Schacht : « Il paraît donc qu'en encadrant ces trois transactions sous un concept commun, ils (les légistes musulmans) ont adopté une définition populaire de la *locatio conductio* », in *Droit byzantin et droit musulman, Convegno di scienze morali...*, 1956, Roma 1957, p. 211.

musulmane élaborée en matière de louage d'habitation ne s'appuie pas spécifiquement sur des textes scripturaires ni sur des Traditions faisant loi, hormis quelques principes généraux valables pour tous les contrats. La raison n'en serait-elle pas à l'origine la rareté, voire l'absence de ce type de louage dans les agglomérations plus ou moins citadines, peu nombreuses, du Hedjaz (1) ? Cette institution juridique, surtout urbaine dans la réalité, ne semble pas avoir attiré beaucoup l'attention du fondateur de l'école mālikite, plus enracinée que ses rivales dans les coutumes du Hedjaz : quelques prises de position à ce sujet sont bien attribuées à Mālik (m. 795) dans la *Mudawwana* kairouanaise de Saḥnūn (m. 854) à travers l'Égyptien Ibn al-Qāsim (m. 806), qui les complète ; mais le *Muwaṭṭa'*, qui a recueilli plus directement les paroles de Mālik, ne nous donne pas, dans les recensions courantes, d'information particulière à cet égard. Les deux autres grandes écoles que sont le ḥanafisme et le šāfi'isme, par contre, se sont affrontées de bonne heure ouvertement sur ce chapitre, polémiquant autour de conceptions fondamentales divergentes et préconisant des solutions opposées. Le ḥanafisme avait concrétisé probablement pour une large part certaines vues et pratiques ayant cours en Irak. Moins passionné, plus discret dans la forme telle que nous la connaissons, le mālikisme occupe ici une position médiane entre ses deux rivaux.

Cela dit, la présente étude ne prétend pas être structurée comme un chapitre de traité de droit ni examiner sur tous les points la législation mise sur pied par les juristes musulmans. Elle se propose avant tout de faire ressortir les concepts de base, d'enregistrer les arguments avancés jadis pour ou contre, et de marquer le cas échéant la dimension socio-économique des solutions adoptées.

* * *

Dans leur quasi-totalité les docteurs de l'Islam ont enseigné la légitimité principielle du louage de choses. Il est cependant curieux de constater qu'un avis contraire est attribué au moins

(1) Rappelons à ce propos la grande variété d'opinions chez les anciens juristes sur la licéité ou non des locations immobilières à La Mecque, ville sainte il est vrai.

à deux muʿtazilites de Baṣra, Abū Bakr al-Aṣamm (m. vers 840) et son disciple Ibn ʿUlayya ([1]), donc concitoyens d'origine et contemporains d'al-Jāḥiẓ, au surplus de la même appartenance théologique que lui. Y a-t-il quelque rapport entre la méfiance qu'illustre al-Jāḥiẓ et la condamnation théorique qu'aurait prononcée al-Aṣamm ?

Le refus d'admettre la licéité de cette *ijāra* ou *kirā'*, malgré le nombre infime de ces opposants, n'en a pas moins préoccupé des maîtres éminents de la pensée juridique, qui ont éprouvé le besoin de leur riposter parfois longuement. Examinons à ce sujet deux textes, que nous estimons très significatifs.

1) D'abord, anciennement, le *Kitāb al-Umm*, rédigé peu après le décès en Égypte de l'imam aš-Šāfiʿī (en 820) comme reproduisant ses propres paroles. Quel grief, selon lui, avait donc été formulé à l'encontre d'une telle pratique, tenue pour légale par presque tous ? L'accusation d'illicéité se fondait, paraît-il, sur l'observation suivante : le *kirā'* qui « confère la propriété d'une jouissance ou utilité » *(tamlīk manfaʿa)* moyennant paiement, fait donc partie des « échanges à titre onéreux ou achats-ventes » *(baiʿ*, pl. *buyūʿ)*, mais il n'en respecte pas la règle fondamentale qui oblige à ne les effectuer que sur des choses présentes ou parfaitement décrites et garanties (entendons : pour éviter le risque d'aléa, religieusement interdit). Le louage cesse en effet si la chose louée est détruite ; et la dation de propriété de son « utilité » porte sur de l'insuffisamment « délimité » *(muḥāṭ bi-)*. Incertitude et imprécision étant de la sorte jugées inhérentes au louage de choses parmi les échanges à titre onéreux le rendent illégal.

Notre auteur réplique en traitant d'ignorants les détracteurs de l'*ijāra*. N'est-il pas des exemples jusque dans le Coran ? L'incitation, notamment (LXV, 6), à verser leurs « salaires » (*ujūr* = prix de louage) aux ex-épouses nourrices, alors que la quantité de lait à fournir est incertaine et variable. Le rappel aussi (XXVIII, 27-28) de l'engagement d'un Prophète (Moïse)

(1) Cf. notamment *Išrāf* II, 65 ; *Bidāya* II, 218 ; *Badā'iʿ* IV, 173-174 ; *Muġnī* VI, 13 ; et fréquemment ailleurs par allusion. La bibliographie des sources arabes citées en référence est donnée à la fin de ce travail.

qui, pour se marier, accepte d'être pris à gages par son beau-père pendant plusieurs années. Nous noterons, quant à nous, que ces deux cas sont des louages de services seulement. Le louage, insiste notre imam — et il entend par là le louage de biens comme de services —, n'a pas connu et ne connaît pas d'opposition sérieuse de la part des hommes de religion compétents. « Les *ijārāt*, déclare-t-il encore, ont leur caractère propre et sont des achats-ventes à leur manière » ; et il insiste : « elles sont une catégorie *(ṣinf)* des *buyūʿ* ». Le locataire acquiert en contrepartie de sa prestation l'« utilité », la jouissance du logement pour la durée de la location, au point d'y avoir plus droit *(aḥaqq)* que le propriétaire : cet « échange » *(ʿiwaḍ)* est exactement un *baiʿ*. Si l'on objecte qu'il en diffère en ce que l'utilité n'est pas un « corps certain » *(ʿain)*, la réplique sera qu'étant « intelligée » *(maʿqūla)* et tirée d'un corps certain connu *(maʿrūfa)* elle est « assimilable au corps certain » *(kal-ʿain)*. Somme toute, malgré leur unité foncière les diverses sortes de *buyūʿ* varient en telle ou telle de leurs modalités. Puis la démonstration s'attarde encore à justifier comme indispensable pour la livraison de l'utilité celle de la chose qui en est le support concret (1).

Et ce n'est pas terminé pour autant. Le débat resurgit aussitôt après, aš-Šāfiʿī s'attaquant à celui ou à ceux — non nommés — qui, partisans de la licéité du louage et reconnus comme ayant commencé par soutenir très efficacement cette thèse, sont ici accusés de l'avoir ensuite affaiblie, quasi intentionnellement, par des décisions de cas d'espèce liées à une analyse erronée de l'*ijāra*. Quels sont donc ces nouveaux adversaires ? A n'en pas douter les ḥanafites, auxquels une brève allusion avait été faite quelques pages plus haut sous le qualificatif « les Orientaux » *(al-Mašriqiyyūn)*. La controverse évoquée est épineuse et assez serrée. Voici en substance son déroulement.

Aš-Šāfiʿī veut s'opposer à l'opinion — c'est bien celle des ḥanafites, voir ci-après — qui ne rend liants les engagements de l'*ijāra* que s'il y a commencement de jouissance et au fur et

(1) *Umm* IV, 25-26.

à mesure que celle-ci s'accomplit ; exemple : le locataire d'une maison à trente dirhems par mois ne doit rien tant qu'il ne l'a pas habitée ; s'il l'habite un jour, il doit un dirhem et ainsi de suite. Pour contredire cette thèse notre auteur réaffirme que l'*ijāra*, comme d'autres opérations dont chacune a sa dénomination propre, fait bien partie des *buyūʿ* en tant que transfert réciproque de « propriété » *(milk)*, à savoir ici celle de l'« utilité » *(manfaʿa)* contre le paiement. Objection, qui sera l'objection majeure et lancinante : cette utilité étant par elle-même invisible et « cachée » *(muġayyaba)*, la « vente » qui en est faite par le contrat de louage risque, si celui-ci est considéré comme opérant totalement dès sa formation, de demeurer en réalité imparfaite et inachevée. Aš-Šāfiʿī rétorque à plusieurs reprises qu'il en est ainsi dans d'autres types de contrats, notamment la « vente à livrer » *(salam)*, sans que cela soulève une semblable difficulté théorique : la chose à livrer, dans le *salam*, n'est normalement connue que par sa description ; elle n'est pas « corps certain » *(ʿain)*, ce qui n'empêche pas le contrat d'être définitif sans droit d'option. Le processus de livraison de la chose « vendue » (au sens large du terme) peut donc varier sans affecter le caractère parfait, achevé, de l'acte de vente. Dans le louage, l'utilité, invisible au départ, est « intelligée » *(maʿqūla)*, comme la chose décrite à livrer dans le *salam*. Si l'on fait valoir que la description dans la vente à livrer s'applique à ce qui sera en fin de compte un corps certain, la réplique est que le louage s'exerce lui aussi sur un corps certain.

Puis aš-Šāfiʿī lance une pointe à l'adversaire : pourquoi avez-vous déclaré licite le louage tout en dénonçant ses prétendues tares, et censuré ceux qui le repoussent comme incorrect ? La réponse serait : parce qu'ils ont délaissé l'usage traditionnel et le consensus des docteurs, mais il y a le problème de la prestation en l'absence initiale de sa contrepartie. Sur quoi aš-Šāfiʿī proteste de nouveau qu'il est normal et inévitable que livraison et prise de possession *(dafʿ, qabḍ)* varient, et que dans le louage l'appropriation de l'utilité se fasse par la livraison même de son substrat. Enfin, si l'on objecte qu'en cas de destruction de ce substrat pendant la durée du bail le bailleur aura profité injuste-

ment d'une partie du prix, il répond que le locataire a droit alors à un remboursement (1).

2) Deux siècles et demi plus tard, le ḥanafite d'Asie Centrale as-Saraḫsī (m. 1097), dans son *Mabsūṭ*, prend à son tour fermement la défense de l'*ijāra* et en un deuxième temps, quelques pages plus loin, la réitère plus longuement en s'opposant avec vigueur à la justification que le šāfiʿisme prétendait en fournir par sa doctrine sur l'appropriation du prix du louage notamment. Tentons de réduire à l'essentiel son argumentation diffuse et méticuleuse tout à la fois.

On a voulu condamner l'*ijāra*, explique-t-il, du fait que l'utilité sur laquelle porte le contrat est inexistante, donc non objet de propriété, alors que la propriété de l'objet du contrat est indispensable pour la conclusion de celui-ci, et les « échanges synallagmatiques » *(muʿāwaḍāt)* ne supportent pas d'être mis « en annexe » *(iḍāfa)*, en subordination. As-Saraḫsī assure que cette critique n'a pas de valeur à ses yeux ; car la condition d'existence et de propriété concerne le « corps certain » *(ʿain)* sur lequel porte le contrat ou, mieux, la capacité de livraison ; or les « utilités » *(manāfiʿ)* visées dans le louage sont des « accidents » *(aʿrāḍ)* dont la durée n'est que d'un instant : si elles devaient exister au moment du contrat, elles n'existeraient déjà plus au moment de la livraison, devenue ainsi impossible à exécuter normalement. Il admet bien que le louage, étant un contrat synallagmatique, exige la « corrélation synchronique » *(taqābul)* des deux prestations. Or il est vrai que son objet, l'« utilité » de la chose louée étant « inexistante » *(maʿdūma)* lors du contrat, ne peut être immédiatement appropriée ; il en est donc de même de la « contreprestation » *(badal)*, qui est le prix de la location : si elle était appropriée immédiatement, ce serait alors sans « contrepartie » *(ʿiwaḍ)*, et l'utilité ne survenant qu'ensuite n'aurait pas, elle non plus, de contrepartie sumultanée. Comment se tirer de là pour qui affirme la licéité de l'*ijāra* conformément au « besoin des gens » *(ḥājat an-nās)*, dans

(1) *Umm* IV, 26-28. L'opinion de certains šāfiʿites qui, contrairement à la généralité des docteurs, faisaient porter l'*ijāra* jusque sur le « corps même » *(nafs ar-raqaba)* de la chose louée est combattue dans *Išrāf* II, 67 ; *Ifṣāḥ*, 229.

le cadre notamment des rapports entre riches et moins bien nantis ? Ce n'est pas, proteste as-Sarahsī, par la méthode šāfi'ite qui, tout en reconnaissant que l'utilité est inexistante « à proprement parler » *(ḥaqīqatan)* au moment du contrat, la traite comme existante « fictivement, juridiquement » *(ḥukman)*. Cette existence virtuelle n'arrangerait rien, puisque, même si on la supposait réelle, elle ne répondrait pas à l'exigence du contrat ; car de toute façon l'utilité qui est, comme il a été déjà dit, « accident » momentané ne serait plus livrable ensuite si elle existait dès l'instant du contrat ; elle ne saurait donc être un « substrat » *(maḥall)* du contrat synallagmatique ni, par suite, en démontrer la licéité.

La conception ḥanafite, qu'as-Sarahsī soutient avec force et subtilité, tient, elle aussi, mais d'une autre manière, au synchronisme des deux prestations qui s'échangent dans l'*ijāra*. Certes, le contrat se situe au départ ; il est dès lors valable et en principe liant ; mais son accomplissement et les obligations réciproques qu'il engendre s'étalent simultanément dans le temps : peu à peu les utilités surviennent et au fur et à mesure leur paiement est dû. Comment alors justifier la validation première du contrat, sa fonction de créateur d'obligation ? Ce sera en considérant que la chose louée, existant réellement dès l'abord, « tient lieu » *(maqām)*, pour la formation initiale du contrat, de l'« utilité » qu'elle va fournir ; mais le contrat est censé « se renouveler » *(yatajaddad)*, comme s'il s'agissait de contrats « séparés » *(mutafarriqa)*, à mesure de la jouissance par le preneur. Une autre solution serait de regarder comme suffisante pour la formation initiale du contrat la « venue accidentelle » *('araḍiyya)* prévue de l'utilité, le caractère accidentel de l'existence de l'objet du contrat « tenant lieu » *(maqām)* d'existence. L'une ou l'autre de ces deux voies, c'est, dit-il, la « nécessité » *(ḍarūra)* qui l'impose. Il n'y a point, en revanche, nécessité de faire approprier la « contreprestation » *(badal)* dès la formation initiale du contrat ; il n'est pas indispensable de payer le loyer avant la livraison du logement, alors que si l'utilité était assimilée au concret, « corps certain » *('ain)*, sur lequel s'exerce la location, le paiement devrait précéder la livraison de celui-ci comme dans la vente ordinaire d'un corps certain. L'utilité de

la chose louée ne peut être non plus qualifiée de « dette » *(dain)*, car elle ne repose pas, contrairement à ce qui se passe dans la « vente à livrer » *(salam)* sur une « responsabilité personnelle » *(ḏimma)* (1).

En vue de clarifier davantage la pensée d'as-Saraḫsī, d'apparence quelque peu confuse en la matière, reportons-nous au paragraphe que, dans son traité d'*Uṣūl*, il consacre à l'*ijāra* à propos de la notion de « facteur juridique » ou *ʿilla*. La *ʿilla*, d'après lui, est de six sortes, selon qu'il lui manque un ou deux des trois éléments constitutifs que sont : la « dénomination » *(ism)*, la « signification déterminante » *(maʿnà)*, le « plein effet juridique » *(ḥukm)*. L'*ijāra* illustre le cas de la *ʿilla* comportant les deux premiers éléments, non le troisième. Elle porte en effet, au départ, sur ce qui est en réalité « absent » *(maʿdūm)* et qui n'est donc point substrat d'appropriation. La *ʿilla* étant ainsi à ce moment-là dépourvue de *ḥukm*, l'appropriation du loyer (ou salaire) n'est pas encore établie... Le contrat, pour ce qui est du plein effet juridique, à savoir l'appropriation de l'utilité, est « annexé » *(muḍāf)* à l'instant où cette dernière existe, ce qui entraîne à situer l'appropriation du loyer (ou salaire) au moment de la jouissance de l'utilité (ou du service), et non au moment du contrat. Considérer que le bien concret, « corps certain » *(ʿain)*, sur lequel s'opère la location tient lieu de l'utilité concerne la « validité du processus d'obligation » *(ṣiḥḥat al-ījāb)*, non le « plein effet juridique » *(ḥukm)* (2).

Ainsi se sont heurtés šāfiʿites et ḥanafites, à propos du contrat de location, pour déterminer le moment où s'achève sa formation et où, en conséquence, les prestations bilatérales sont également dues : pour les premiers dès la conclusion initiale de l'acte (sauf paiement possible à un délai fixe prévu dès l'abord), pour les seconds au fur et à mesure de la jouissance de la chose louée. Les šāfiʿites exigent que dans la formulation du contrat soit précisé son commencement sans délai : illicite de louer pour

(1) *Mabsūṭ* XV, 74-75, 108-110. Dans le même sens l'exposé d'al-Kāsānī (ḥanafite, m. 1191) dans ses *Badāʾiʿ* IV, 194; lui aussi, *ibid.*, 174, 194, insistera sur le besoin socio-économique qui a rendu licite l'*ijāra*, comme l'avait déjà souligné, rappelle-t-il, al-Māturīdī (théologien ḥanafite, m. 944).

(2) *Uṣūl* II, 314. — *Ījāb* paraît avoir ici un sens plus large que « pollicitation ».

plus tard, par exemple pour l'an prochain, ou en rajab pour ramaḍān (soit deux mois d'avance) ou en disant simplement au futur « je te louerai pour un mois ». Ils donnent au locataire le droit de résilier si la maison louée pour un an ne lui est pas encore livrée au bout d'un mois, solution contre laquelle les ḥanafites se sont élevés (1). Abū Ḥanīfa (m. 767), suivi par son disciple Zufar (m. 775), avait d'abord enseigné, nous rapporte-t-on (2), que sauf stipulation contraire dans le contrat le prix de la location n'était dû qu'à la fin de sa durée. Puis il s'est ravisé, et ses deux autres disciples plus importants, Abū Yūsuf (m. 798) et Muḥammad aš-Šaibānī (m. 805), ont admis avec lui la solution que les ḥanafites allaient adopter et défendre : le paiement du loyer est dû, à moins d'une clause expresse contraire, après chaque jour écoulé, vu la grande difficulté de le juger acquis par le bailleur heure par heure strictement à mesure de l'appropriation des utilités par le preneur.

*
* *

Comment se situent, sur les points qui viennent d'être évoqués, les autres écoles sunnites ? Le mālikisme ancien, nous y avons fait allusion, ne semble pas avoir pris une part active dans le débat. Des docteurs plus tardifs, le cadi ʿAbdalwahhāb (m. 1031), l'illustre Averroès (m. 1198), nous le montrent là-dessus très proche du ḥanafisme, estimant lui aussi que le prix du louage n'est pas dû au bailleur du fait seul du contrat, mais peu à peu, au fur et à mesure de sa contrepartie, qui est la jouissance des utilités par le preneur (3). Une nuance théorique intéressante est toutefois mise sur son compte par un auteur ḥanbalite, spécialiste comme les deux précédents des divergences entre les rites, Ibn Hubaira (m. 1165) : ce serait seulement le « droit d'exiger » *(muṭālaba)* le paiement du loyer qui interviendrait jour après jour, le loyer étant acquis en principe par le bailleur

(1) *Išrāf* II, 73 ; *Ifṣāḥ*, 225 ; *Umm* IV, 30 ; *Tanbīh*, 76 ; *Wajīz*, 230 ; *Aṣl*, fº 17b ; *Mabsūṭ* XV, 136 ; *Tuḥfa* II, 517 ; *Badāʾiʿ* IV, 181.
(2) *Tuḥfa* II, 516-517.
(3) *Išrāf* II, 66 ; *Bidāya* II, 226.

de par la conclusion même du contrat (1). Toujours chez les mālikites, la location d'un logement pour un mois sans date précise s'entend, sauf clause contraire, à partir du contrat, en vertu de la « coutume » *('urf)* (2). Il est toujours licite de payer le loyer d'avance ; et il y a lieu de se conformer à l'usage s'il est procéder de la sorte pour une location d'un an (3). Quant à la licéité même de l'*ijāra*, un théologien-juriste de la qualité d'Averroès la justifie par la constatation que, tout en étant inexistantes au moment du contrat, d'où l'« aléa » *(ġarar)* que quelques-uns dénoncent, les utilités concédées se réalisent ensuite « le plus souvent » *(fī l-ġālib)* ; « or la Loi n'a vu d'elles que ce qui se réalise le plus souvent ou ce dont la réalisation et la non-réalisation sont à égalité » (4).

La position ẓāhirite, exprimée par Ibn Ḥazm (m. 1064), est dans le même sens (5). — Le ḥanbalisme, par contre, s'est rallié au šāfi'isme sur l'acquisition des utilités et donc du loyer par le contrat. Son porte-parole Muwaffaq ad-dīn Ibn Qudāma (m. âgé 1223) explique : « Cette utilité à venir, le propriétaire du corps certain [qui en est le substrat] en disposait librement comme il disposait de ce corps certain ; donc lorsqu'il a concédé à louage celui-ci, le preneur est devenu propriétaire de cette libre disposition comme précédemment le bailleur ; il est ainsi bien établi que la propriété de l'utilité, détenue par le propriétaire du corps certain [son substrat], a été transférée au locataire [par le contrat de location] » (6).

* * *

Dans la logique de ce qui précède, mālikites et ḥanafites se sont à nouveau trouvés d'accord sur une disposition relative à la formation du contrat : le droit d'y insérer une « clause d'option » *(šarṭ al-ḫiyār)* qui en suspend et peut en annuler l'application. Exemple : prendre en location une maison pour

(1) *Ifṣāḥ*, 224.
(2) *Išrāf* II, 73.
(3) *Mudawwana* XI, 161-162.
(4) *Bidāya* II, 218.
(5) *Muḥallà* VIII, 184.
(6) *Muġnī* VI, 4, 13-14 ; *Muqni'*, 141.

une année, à condition de pouvoir y renoncer dans les trois jours. Les šāfiʿites s'y sont opposés, parce que pour eux les utilités sont comme les « corps certains existants et stables » *(aʿyān qā'ima)*, et la durée de la location commence dès la formation du contrat, qui est immédiatement « achevé, liant » *(tāmma, lāzima)* ; or ce type d'option risque d'allonger ou d'abréger indûment la durée prévue, portant ainsi atteinte au droit normal de « disposer » *(taṣarruf)* des prestations. Les ḥanafites répliquent que la clause d'option y est aussi licite que dans la vente ordinaire ; pour eux la vérité est que la durée commence au moment où se parachève l'agrément du contrat, c'est-à-dire — dans leur optique — quand se réalise la jouissance de l'utilité *ou* lorsque s'est écoulée la durée de l'option : si le locataire habite avant que celle-ci soit écoulée, l'option tombe, puisqu'il a déjà en partie disposé de la prestation qui lui revient (1).

C'est dans la même ligne assurément que se situe un autre problème concernant la durée prévue du contrat. Non point tellement sur le temps maximum acceptable : pas de limite contraignante en général (les biens de mainmorte mis à part, mais nous ne nous en occuperons pas ici) ; aš-Šāfiʿī, qui aurait voulu, dit-on, limiter à un an, se serait rangé à l'idée d'admettre jusqu'à trente ans (2). Mais il est plus délicat de savoir si est valable un contrat de location « au mois » *(kull šahr)* sans mention de la durée totale. Ḥanafites et mālikites répondent oui pour le premier mois, puis le contrat peut se renouveler de mois en mois par ce que nous appellerions une tacite reconduction : il suffit en effet que se correspondent en principe le loyer et l'usage des utilités ; quelques variantes toutefois se sont fait jour chez les mālikites sur les modalités d'application. A l'opposé, l'opinion dominante dans le šāfiʿisme est ici encore la plus sévère : elle déclare invalide pareil contrat, à cause de l'ignorance initiale de sa durée. Les ḥanbalites sont partagés entre les deux avis (3).

(1) *Išrāf* II, 66 ; *Matn*, 76 ; *Mabsūṭ* XV, 131, 150 ; *Hidāya* III, 182-183 ; *Tanbīh*, 76 ; *Muhaḏḏab* I, 400.

(2) *Ifṣāḥ*, 225 ; *Bidāya* II, 234 ; *Wajīz*, 233 ; *Hidāya* III, 169.

(3) *Išrāf* II, 66 ; *Ifṣāḥ*, 225 ; *Mudawwana* XI, 156, 161 ; *Muqaddimāt* II, 337 ; *Bidāya* II, 224-225 ; *Matn*, 74 ; *Mabsūṭ* XV, 131 ; *Badā'iʿ* IV, 182 ; *Hidāya* III,

Enfin, toujours sur la formation même du contrat, une question passablement débattue, née du refus par Abū Ḥanīfa du droit pour le propriétaire d'un immeuble « en indivision » *(mušāʿ)* de le céder en location pour sa quote-part sauf à un copropriétaire *(šarīk)* ; car il s'engagerait de la sorte sur ce qu'il n'a pas légalement pouvoir de livrer. Il fut suivi cette fois encore par Zufar — qui aurait même refusé la location à un copropriétaire —, mais non par Abū Yūsuf ni par aš-Šaibānī, ni par les autres écoles sunnites, si ce n'est que le ḥanbalisme rapportait de son fondateur deux traditions contraires sur ce point. A l'intérieur même du ḥanafisme la différence est donc sensible, et les arguments y sont étroitement confrontés. Abū Yūsuf, acceptant la vente d'une part d'indivision, estimait tout autant valable sa location. Pour aš-Šaibānī, cette vente était illicite, mais licite la location, le loyer n'étant dû qu'au fur et à mesure de la jouissance, et la quote-part de propriété du bien loué se trouvant ainsi connue. Les partisans de la licéité font aussi remarquer que la livraison par le bailleur est rendue possible par l'« évacuation » *(taḫliya)* effective ou par l'entente pour une «occupation restreinte» *(muhāya'a, tahāyu')*. Puisque vous pouvez prêter à titre gratuit une partie de l'immeuble qui vous appartient, pourquoi serait-il incorrect de mettre en location une partie correspondant à votre quote-part ? Et puis pourquoi exiger qu'il n'y ait pas indivision au moment du contrat, alors qu'Abū Ḥanīfa lui-même ne juge pas celui-ci vicié par une « indivision inopinée » *(šuyūʿ ṭāri')* survenant en cours d'exécution ?

Dans le sens d'Abū Ḥanīfa il est répliqué comme suit : la *taḫliya* est possible dans la vente ordinaire comme façon de livrer, mais non sur un bien indivis. Quant à la *muhāya'a*, occupation réduite dans l'espace ou alternée dans le temps, elle ne répond pas à l'exigence du contrat, qui serait normalement, en cas d'indivision par moitié, la jouissance de la moitié pendant toute la durée ; or l'alternance dans le temps — totalité pendant la moitié de la durée — renverserait ce rapport ; et si l'on s'en

174 ; *Umm* IV, 21 ; *Muhaḏḏab* I, 396 ; *Iḥyā'*, livre XIII, chap. 2 ; *Wajīz*, 233 ; *Muġnī* VI, 18.

tenait à la moitié de l'immeuble pendant toute la durée, ce ne serait pas correct non plus, parce que le bailleur, n'étant pas propriétaire de la moitié de cette moitié (qui est elle-même indivise), n'en disposerait qu'à titre d'échange avec ce qui est détenu par le copropriétaire, or ce n'est pas ce qu'implique le contrat. La *muhāyā't*, de plus, mènerait à un « cercle vicieux » *(daur)* ; elle ne se réaliserait que comme conséquence juridique, modalité d'application du contrat, alors que le pouvoir de livraison en est une condition préalable. Par contre le *šyū' ṭāri'* « indivision inopinée », est acceptable. Qu'entendre exactement par là ? Le cas où, la location ayant été consentie à la fois par les deux copropriétaires d'un immeuble, donc sans que joue l'indivision lors de la livraison des utilités au locataire, l'un des deux bailleurs vient à mourir ; la location demeure en principe valable sur la quote-part du survivant. Zufar, décidément plus strict encore que son maître, repousse cette licéité (1).

De quelque manière qu'on apprécie cette argumentation, il n'est pas surprenant que la grande majorité des juristes, même dans sa propre école, ait récusé la thèse d'Abū Ḥanīfa. Dans une société où, ne fût-ce que par le statut successoral, la propriété indivise de l'immobilier était certainement un phénomène courant, on peut tenir qu'il était extrêmement difficile d'en rendre presque toujours impraticable la location.

*
* *

Ce sont maintenant d'autres aspects que nous voudrions mettre en lumière, dans la réglementation qui oppose sur certains points importants en la matière le ḥanafisme à la plupart de ses rivaux. Ils ont trait à la « résiliation » *(fasḫ)*. Non point celle — admise par l'ensemble des docteurs malgré bien des variantes dans le détail — qui est consécutive à la destruction ou à un défaut grave, « vice rédhibitoire » *('aib)* de l'immeuble loué. Mais il va s'agir ici de deux sortes, contestées,

(1) *Išrāf* II, 67 ; *Ifṣāḥ*, 225 ; *Mudawwana* XI, 151-152 ; *Bidāya* II, 225 ; *Matn*, 75 ; *Mabsūṭ* XV, 145, 154, XVI, 32 ; *Tuḥfa* II, 528 ; *Badā'i'* IV, 180, 187-188, 222 ; *Hidāya* III, 175-176 ; *Muġnī* VI, 137 ; *Muḥallà* VIII, 200-201.

de résiliation : pour « excuse personnelle » (*'uḏr*) ou pour cause de mort.

A) L'excuse personnelle, limitée d'ailleurs à certains cas, n'est un motif suffisant de résiliation qu'aux yeux d'Abū Ḥanīfa et de ses adeptes. Il est à remarquer que la tradition attribue à son devancier dans sa ville même de Koufa, le cadi plus ou moins légendaire Šuraiḥ al-Kindī (m. très âgé 697) (1), l'idée encore plus laxiste que la location d'un logement est résiliable à tout moment par l'une ou l'autre des parties. Abū Ḥanīfa nous paraît donc avoir subi l'influence d'une conception, voire d'une pratique régionale, qu'il a néanmoins sensiblement réduite et resserrée. L'excuse personnelle qu'il admet comme condition résolutoire est, pour le locataire (*musta'jir*), soit un changement de localité, soit la maladie, soit la faillite, et du côté du bailleur (*mu'ājir*) un endettement grave auquel peut remédier seulement la vente (par décision de justice ou non, les docteurs en discuteront) de l'habitation louée. Les maîtres ḥanafites s'efforceront de justifier cette entorse à la « force liante » (*luzūm*) du contrat initial, principe qu'aurait d'ailleurs, dit-on, nié Šuraiḥ. Ils rappellent que, selon eux, la licéité de l'*ijāra* est pour le besoin qu'en ont les gens ; ils estiment que son caractère liant est subordonné à l'absence de « dommage » (*ḍarar*), dans le cours de l'application, pour chacun des deux contractants ; la résiliation peut donc intervenir pour un motif unilatéral, même sans vice rédhibitoire affectant la chose louée. La résiliation pour vice rédhibitoire, plus facilement admise, a d'ailleurs elle aussi pour raison le souci d'écarter un dommage, et non l'existence du vice en soi. — Les autres écoles, repoussant cette façon de voir, s'en tiennent à l'interdiction pour le preneur comme pour le bailleur de rompre pour convenance personnelle le « contrat synallagmatique pur et simple » (*'aqd mu'āwaḍa maḥḍa*) qu'est l'*ijāra* (2).

(1) Sur lui cf. Wakī' (m. 918), *Aḫbār al-Quḍāt*, éd. Caire 1948, t. II, pp. 285-286. — E. Tyan, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, t. I, Beyrouth 1938, pp. 101 et suiv., a mis en doute ce qui est rapporté de Šuraiḥ. Dans le même sens J. Schacht, *The Origins of muhammadan Jurisprudence*, Oxford 1950, p. 229.

(2) *Išrāf* II, 65 ; *Ifṣāḥ*, 226 ; *Umm* IV, 30 ; *Aṣl*, f°s 3 a, 36 a-b ; *Mudawwana*, XI, 164-165 (cf. *ibid.*, 169, sur les droits du propriétaire en face des créanciers d'un

B) Pour les mālikites, šāfiʿites et ḥanbalites le contrat de location n'est pas résilié par la mort de l'un ou l'autre des deux contractants : ses effets demeurent sur les héritiers du défunt. Chez Abū Ḥanīfa, au contraire, le décès entraîne résiliation ; du même avis ont été, outre tous ses fidèles, son contemporain et concitoyen de Koufa Sufyān aṯ-Ṯaurī (m. 778) et al-Laiṯ b. Saʿd (m. 791) qui s'était fixé en Égypte, ainsi que les membres de l'école ẓāhirite qui, fondée en Orient par Abū Sulaimān Dāwūd (m. 884), est représentée surtout, plus tard, en Espagne par Ibn Ḥazm (m. 1064).

Intéressante est la discussion qu'offre sur ce thème, en période ancienne, le *Kitāb al-Umm* šāfiʿite mis déjà ci-dessus à contribution. Il fait dire à un partisan de la résiliation que, sans elle, on risquerait d'imposer aux héritiers du locataire, fussent-ils orphelins, la poursuite d'une location dont ils pourraient ne pas avoir besoin ; et, si c'est le bailleur qui est décédé, le locataire continuerait anormalement à occuper les lieux par décision d'un mort. L'essentiel de la réplique šāfiʿite est qu'un héritier ne saurait avoir plus de droit à résiliation que le *de cujus*, et une obligation peut grever un bien transféré par héritage (cf. nantissement, testament). Quant aux héritiers du locataire qui n'auraient pas besoin du logement, « si un autre l'avait dit, on lui répliquerait probablement : tu ne sais pas ce que tu dis ! ». Ils sont en réalité libres d'habiter ou de sous-louer.

Plusieurs des grands juristes médiévaux ont repris le débat en rappelant ces arguments pour ou contre, ou en en mentionnant de nouveaux. Dans le sens le plus généralement adopté, celui de la non-résiliation, il est répété que l'*ijāra* fait partie de l'héritage normal ; et l'appropriation de l'utilité, que celle-ci soit considérée par les šāfiʿites comme assimilée au concret ou par les mālikites comme seulement tirée du concret, n'est pas plus résiliable par le décès d'un des deux contractants qu'un contrat de travail ou un acte de mariage conclu sur une femme esclave par son patron n'est résilié par le décès de celui-ci. En sens

locataire en faillite) ; *Bidāya* II, 227 ; *Wajīz*, 238 ; *Ḫizāna*, 312 ; *Matn*, 76 ; *Mabsūṭ* XV, 155, XVI, 2-3 ; *Tuḥfa* II, 533 ; *Badāʾiʿ* IV, 197 ; *Hidāya* III, 183 ; *Muġnī* VI, 18 ; *Muqniʿ*, 140.

contraire, ḥanafites et ẓāhirites (ces derniers, littéralistes, recourant en premier lieu à des formules très vagues du Coran VI, 164, et du hadith) font valoir, en faveur de la résiliation, qu'après la mort du bailleur l'utilité n'apparaîtrait que dans la propriété de son héritier, et que le *de cujus* — vu la nature qu'ils confèrent, de même que les mālikites, à l'*ijāra* — ne pouvait en disposer à l'avance ; le locataire jouirait donc d'un droit inadmissible sur le bien de l'héritier en vertu d'un contrat sur ce qui n'est plus la propriété du contractant. Si c'est le locataire qui décède, la location ne survivrait que si son héritier le remplaçait ; or « l'utilité isolée » *(al-manfa'a al-mujarrada)*, en ce sens qu'elle n'était pas encore apparue et qu'elle n'avait jamais été possédée par le *de cujus*, ne saurait être objet d'héritage.

Averroès rapporte que certains ḥanafites invoquent l'exemple du mariage (qui concède aussi la jouissance), auquel la mort met fin, ce qu'il estime, lui, « peu convaincant » *(ba'īd)*. Mais il enregistre également, en leur nom, outre les précédents, deux arguments plus techniques qui usent du raisonnement par analogie et du consensus : *A)* L'héritage opère un transfert de propriété de la chose louée ; or la vente qui en fait autant est illicite sur la chose louée pour une « longue durée » (*sic*), aux yeux des ḥanafites (voir ci-après) ; il y a donc incompatibilité entre héritage et survie de la location ; et comme, de l'avis unanime, la propriété du défunt ne saurait rester sans héritier, c'est son transfert qui l'emporte et la location est annulée. — *B)* Si c'est le locataire qui est décédé, il *deviendrait* redevable du loyer *après* sa mort, alors que de l'avis unanime une dette ne peut être instituée à la charge du mort après sa mort. Ajoutons que, dès l'enseignement ḥanafite ancien, le loyer échu demeuré impayé par le locataire qui décède est exigible sur l'héritage (pas au-delà), à condition que la dette soit prouvée ; si elle ne l'est pas, la totalité de son montant est exigible sur l'héritage des ayants droit qui avouent (1).

(1) *Išrāf* II, 66 ; *Ifṣāḥ*, 226 ; *Umm* IV, 30-31 ; *Muḫtaṣar* III, 81-82 ; *Tanbīh*, 77 ; *Muhaḏḏab* I, 407 ; *Wajīz*, 239 ; *Mudawwana* XI, 117, 155-156, 162 ; *Muqaddimāt* II, 338 ; *Bidāya* II, 228 ; *Aṣl*, f°s 20 a, 37 a ; *Ḫizāna*, 311 ; *Matn*, 76 ; *Mabsūṭ* XV, 153-154 ; *Tuḥfa* II, 545 ; *Badā'i'* IV, 222 ; *Hidāya* III, 182 ; *Muġnī* VI, 42 ; *Muqni'*, 138-140 ; *'Umda*, 71 ; *Muḥallà* VIII, 184, 188.

Comment convient-il, au niveau historique, d'interpréter cette controverse et la réalité socio-économique qui la sous-tend ? La thèse qui met un terme à la location par le décès de l'une des parties a un caractère archaïque qui peut surprendre. Faut-il songer ici, pour les ḥanafites et consorts, à des antécédents irakiens ? Le droit romain enseignait le contraire, au moins depuis Ulpien (IIIe siècle), avec confirmation dans les *Institutes* de Justinien (en 533) § 6. Et le Code Napoléon entérinera à son tour la règle que « le contrat de louage n'est point résolu par la mort du bailleur, ni par celle du preneur » (art. 1742). Mais il faudra attendre presque jusqu'à nos jours pour que le droit ottoman (*irāde* de 1882, revisée en 1913) adopte cette solution en renonçant sur ce point à la tradition ḥanafite qui est pourtant, dans l'ensemble, à la base de sa législation (1).

*
* *

C'est certainement dans le prolongement de cette perspective archaïsante qu'il faut essayer de comprendre la position ḥanafite sur la question de la vente à tierce personne, par le propriétaire, d'un immeuble loué. Pareille vente — comme *a fortiori* au locataire lui-même — est parfaitement valable aux yeux des mālikites, ḥanbalites et ẓāhirites. Pour ces derniers, elle annule l'*ijāra* ; d'après les autres le bail continue, et l'acquéreur ne prend possession qu'à sa fin ; mais tel mālikite précise que la durée de la location restant à courir ne doit pas être trop longue au risque de faire craindre une modification de la chose louée. Est repoussée la double objection du retard de la livraison à l'acheteur et du maintien de la jouissance au locataire. Il est licite en effet de vendre une chose éloignée ou à livrer ultérieurement ; et l'on peut par exemple vendre un animal en se réservant expressément la faculté de le monter encore un jour ou deux, cette clause affectant l'usage de la chose, mais non la « propriété de la chose elle-même » *(raqaba)* objet du contrat ; il arrive d'épouser une femme esclave (pour en jouir) et ensuite de l'acheter.

(1) Cf. Maḥmaṣānī, *An-naẓariyya al-ʿāmma li-l-mūjabāt wa-l-ʿuqūd,* Beyrouth 1948, t. II, p. 339.

Les šāfi'ites oscillent entre l'acceptation et le refus. — Chez les ḥanafites, la vente n'est pas autorisée, sauf si le locataire a donné son accord ou si l'opération est indispensable (d'aucuns la subordonnent à une décision de justice) pour libérer d'un grave endettement (voir les « excuses personnelles » ci-dessus) ; à leurs yeux, dans l'un comme dans l'autre cas, la location se trouve résiliée. Ils justifient comme suit leur annulation de la vente en dehors de l'une ou l'autre de ces deux conditions. La volonté unilatérale de vendre du propriétaire n'est pas par elle-même une « excuse » suffisante, parce que l'exécution du contrat de location ne constitue pas à son encontre un « dommage » (*ḍarar*) dépassant l'obligation qu'il a souscrite de ne pas disposer de la chose louée pendant un temps ; il ne pourrait livrer l'objet de la vente sans supprimer, avancent-ils, le droit du locataire et ce serait abusif (1).

A y regarder d'un peu près, ne peut-on penser que le fondement véritable des enseignements ḥanafites concernant la résiliation de la location immobilière soit par la mort de l'un des deux partenaires, soit par leur accord, soit à titre exceptionnel pour l'une des rares « excuses » jugées valables, est le vestige d'une conception ancienne de la relation propriétaire-locataire sur le plan humain ? Notre vocabulaire juridique n'est sans doute pas des plus aptes à la saisir. Faudrait-il parler ici de droit subjectif ou personnel, alors qu'un éminent spécialiste a qualifié la subordination de la vente à l'agrément du locataire de « véritable droit réel en faveur du preneur » (2) ? Il vaut mieux

(1) *Išrāf* II, 74 ; *Ifṣāḥ*, 225 ; *Aṣl*, f° 36 a ; *Mabsūṭ*, XVI, 3 ; *Tuḥfa* II, 517 ; *Tanbīh*, 77 ; *Muhaḏḏab* I, 407 ; *Wajīz*, 239-240 ; *Muġnī* VI, 46-47 ; *Muḥallà* VIII, 186.

(2) D. Santillana, *Code civil et commercial tunisien, avant-projet*, Tunis 1899, art. 922. Du même auteur un exposé détaillé de la réglementation mālikite du louage de choses dans ses *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, t. II, Roma 1938, pp. 232 suiv. — Cf. aussi M. Morand, *Études de droit musulman*, Alger 1931, p. 91, pour qui le louage de choses est ici un « acte d'aliénation, portant cession au locataire d'une partie des droits du propriétaire sur la chose louée », contrairement au Code civil français d'après lequel ce contrat « n'est pas translatif d'un droit réel sur la chose louée, n'emporte pas l'aliénation partielle de cette chose ». — Sur un plan il est vrai plus large, à propos de tout contrat en droit musulman, Ch. Chehata, *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, 1968, p. 141, écrit : « L'élément décisif de la relation juridique réside dans l'objet. L'objet prend place entre les

probablement souligner le lien entre les personnes qui nous semble être, dans l'optique ḥanafite, à la base du contrat : celui-ci n'est valable en principe qu'entre les constituants, à travers l'objet bien sûr, et il les lie tous deux de leur vivant pour la durée prévue, sauf de leur consentement mutuel ; mais sa rupture est aussi possible unilatéralement si surgissent certains dommages ou risques de dommages, fussent-ils personnels et extérieurs au contrat, prévus limitativement par la coutume devenue la loi. Relation donc essentiellement d'individu à individu, et qui veut épargner à chacun des deux partenaires, dans quelques circonstances limitées, d'être jugulé par le contrat. Cette vision, humainement personnalisée et étroite tout à la fois, n'a pas séduit, dans l'ensemble, les autres écoles, influencées peut-être, directement ou indirectement, par le précédent du droit romain.

*
* *

En regard du droit ou non pour le propriétaire de vendre son immeuble loué se pose la question du droit ou non pour le locataire de sous-louer. Ce droit, lorsqu'il a pris possession du logement — avant la prise de possession les avis sont très partagés —, lui est généralement reconnu. Mais une question subsidiaire, et d'une certaine importance, n'a pas manqué de surgir : est-il licite de sous-louer à prix plus élevé ? La réponse est « oui », par assimilation à une vente et revente de type courant, dans la majorité des écoles, en dépit de quelques flottements dans la tradition ḥanbalite. Mais ici encore les ḥanafites, désignés à l'origine comme « gens de Koufa », se distinguent par leur refus, un refus d'ailleurs tempéré : ils tolèrent la sous-location à prix plus élevé si le locataire a fait du neuf dans l'habitation ; et dans le cas contraire ils se bornent à désapprouver sans invalider et ils recommandent au locataire d'« employer en don charitable ou pieux le surplus » *(yataṣaddaq*

deux personnes qui entrent en rapport par son intermédiaire... Le titre qui fonde le droit du sujet est la raison qui établit entre lui et l'objet un lien d'appartenance ». Ces analyses ne nous paraissent pas rendre compte pertinemment de la conception ḥanafite ancienne de l'*ijāra*.

bi-l-faḍl). Ce à quoi Ibn Ḥazm, partisan de l'entière licéité, ne manquera pas d'objecter : si le locataire n'est pas propriétaire de ce surplus, il n'a pas le droit de faire un pareil don de ce qui ne lui appartient pas. Le motif invoqué par les ḥanafites pour leur réprobation de principe est que, contrairement à la chose concrète achetée, les utilités de la chose louée n'entrent pas dans la « responsabilité » *(ḍamān)* du preneur ; à preuve : rien ne lui incombe si cette chose cesse d'exister ; or il n'est pas de « gain » *(ribḥ)* légitime sur ce dont on n'a pas la responsabilité (c'est ce qu'exprime ailleurs l'adage bien connu : *al-ḫarāj bi-ḍ-ḍamān)* (1). Il nous est difficile de décider si cette demi-sévérité ḥanafite, et les hésitations ḥanbalites qui ont suivi, ne sont l'effet que d'un scrupule religieux devant un enrichissement sans cause (que l'on songe à l'interdiction coranique du *ribā* !), qui n'est cependant pas ici perçu comme tel par la plupart des maîtres, ou bien si elles ont leur racine dans une conception socio-économique régionale de la location.

* * *

De ces problèmes fondamentaux qui ont divisé les écoles passons maintenant à quelques autres concernant le bien immobilier lui-même loué pour habitation. Les solutions peuvent être concordantes, dans les grandes lignes tout au moins ; et lorsqu'elles diffèrent suivant les docteurs, c'est à l'intérieur de la même école fréquemment.

Le logement fourni doit être normalement habitable, avec clé en mains — à restituer bien entendu en fin de location. Un « vice rédhibitoire » *('aib)*, c'est-à-dire nuisant sérieusement à l'habitation, constaté au départ ou survenu ensuite, donne en principe au locataire, comme l'« effondrement » *(inhidām)* de l'immeuble, le droit de résilier. Les modalités d'application sont toutefois multiples et nuancées. Des décisions, notamment, ont été prises pour définir dans quels cas le locataire peut déguerpir

(1) *Išrāf* II, 75 ; *Ifṣāḥ*, 227 ; *Aṣl*, f°s 2 b-3 a ; *Mabsūṭ* XV, 78, 130-131 ; *Badā'i'* IV, 206 ; *Tanbīh*, 77 ; *Muhaḏḏab* I, 403 ; *Wajīz*, 236 ; *Mudawwana* XI, 157 ; *Bidāya* II, 226 ; *Mugnī* VI, 53, 55 ; *Muqni'*, 138 ; *'Umda*, 71 ; *Muḥallà* VIII, 197.

en l'absence du propriétaire, si oui ou non celui-ci est tenu de faire réparer et ce qu'il advient des droits de chacun s'il fait réparer promptement ou si le locataire s'accommode d'un local restreint. Les juristes se sont également préoccupés de l'« usurpation » *(ġaṣb)* ou occupation illégitime éventuelle du logement au détriment du locataire par un tiers.

Voici seulement, sur les dégâts matériels et leurs conséquences, deux exemples, l'un ḥanafite, l'autre mālikite, de dissertations juridiques, reproduites presque intégralement.

1) Du *Mabsūṭ* d'as-Saraḫsī (nommé ci-dessus) : *A)* Si un mur de la maison s'écroule et que le locataire veuille renoncer à la location, on examine le cas. Si cela ne nuit pas à l'habitation, il n'a pas la faculté de déguerpir, puisque le droit d'usage prévu par le contrat n'est pas modifié. Si cela nuit à l'habitation, il a le droit de déguerpir... Mais il faut avertir le propriétaire en présence duquel seulement le locataire peut résilier le contrat, comme dans la résiliation de la vente pour vice rédhibitoire. S'il déguerpit en l'absence du propriétaire, il est redevable du loyer comme s'il avait habité, parce que la jouissance de l'utilité demeure possible en dépit du changement survenu. Il en est de même s'il continue à habiter, le propriétaire étant présent, parce que le changement qui s'est produit affecte seulement la qualité de l'objet du contrat, en sorte que s'il y agrée rien n'est à déduire du loyer, tout comme il en est du prix pour l'acheteur qui accepte le défaut de la chose qui lui a été vendue.

B) Si c'est toute la maison qui s'écroule, il a le droit de déguerpir, que le propriétaire soit présent ou non. Là-dessus nos maîtres ont deux façons de voir : la première est que le contrat est résilié par la chute même de tout le bâtiment, la seconde, « la plus valable » *(al-aṣaḥḥ)*, est que le contrat n'est pas *ipso facto* résilié... Si un logement pris en location est détruit et que le bailleur le fasse reconstruire, le locataire a le droit, s'il le veut, d'y habiter pour le restant de son bail ; c'est bien la preuve que le contrat n'a pas été résilié. Une autre preuve est qu'il se peut, après la destruction du bâtiment, que l'endroit demeure habité si on y installe une tente, le locataire toutefois n'ayant plus alors à acquitter de loyer puisqu'il est privé de

la jouissance prévue. De même le loyer ne lui incomberait plus si un usurpateur l'empêchait d'occuper les lieux (1).

2) Des *Muqaddimāt* d'Ibn Rušd (m. 1126), grand-père d'Averroès, qui reprennent et développent à près de trois siècles de distance la *Mudawwana* de Saḥnūn : la location de la maison est résiliée d'office si elle est détruite entièrement, ou même, d'après la *Mudawwana*, si le locataire a raison de craindre un effondrement total. Dans le cas d'une destruction partielle, on distingue si elle est quantitativement « minime » *(yasīr)* ou « importante » *(kaṯīr)*. *A)* Si elle est minime, à distinguer encore trois degrés : *a)* si elle n'est pas dommageable à l'occupant et ne diminue pas la valeur locative, le loyer est dû sans réduction ; *b)* si elle n'est pas dommageable à l'occupant, mais amoindrit la valeur locative, la location subsiste, mais le montant du loyer est réduit à moins que le propriétaire fasse réparer, ce à quoi il n'est pas tenu ; si le locataire a continué d'occuper les lieux sans rien dire, il n'a droit à rien ; — *c)* si elle est dommageable à l'occupant sans que soit néanmoins supprimé parmi les utilités de la maison ce qu'il faudrait réparer (par exemple le dallage), deux avis mālikites anciens diffèrent : d'après l'un le propriétaire est libre de ne pas faire réparer, le locataire ayant alors option entre habiter moyennant la totalité du loyer ou déguerpir ; s'il s'est tu et demeure, il doit la totalité du loyer ; l'autre avis est que le propriétaire a l'obligation de faire réparer, et le loyer reste intégralement dû.

B) Si la destruction est quantitativement importante, le consensus des docteurs est que le propriétaire n'est pas tenu de faire réparer. Mais ici encore trois degrés ascendants : *a)* si elle « détériore » *(yuʿayyib)* l'habitation et lui ôte de sa valeur locative, mais sans rien supprimer de ses utilités, le locataire a option de rester moyennant la totalité du loyer ou de déguerpir à moins que le propriétaire fasse réparer ; s'il n'a rien dit et continue d'occuper les lieux, il doit ou ne doit pas la totalité du loyer selon deux opinions divergentes rapportées du mālikite ancien Ibn al-Qāsim ; — *b)* si elle supprime une petite partie

(1) *Mabsūṭ* XV, 135-136. Cf. aussi *Matn*, 75-76 ; *Tuḥfa*, 518-519 ; *Badāʾiʿ* IV, 195-196 ; *Hidāya* III, 182.

des utilités de la maison, par exemple une pièce sur plusieurs, la location subsiste, mais le loyer est diminué en proportion ; *c)* si elle supprime la plus grande partie des utilités de la maison ou de la pièce louée par destruction du mur ou accident semblable, le locataire a option de rester moyennant la totalité du loyer ou de déguerpir ; s'il veut rester moyennant une diminution du loyer en proportion, il ne le peut que si le propriétaire y consent. Si celui-ci a fait reconstruire avant que le locataire déguerpisse, il n'en a plus le droit ; si c'est après le départ du locataire, ce dernier ne revient que s'il le veut. S'il n'a rien dit et continue d'occuper les lieux, mêmes solutions divergentes sur le loyer que ci-dessus (1).

On voit qu'il y a dans tout cela matière à constatations, et à contestations par-devant le juge si besoin est.

*
* *

Il va de soi qu'en contrepartie des obligations du propriétaire, le locataire a les siennes, outre le paiement du loyer *(ajr, ujra)*. Le principe formulé à bien des reprises est qu'il doit se comporter correctement en évitant ce qui, en dehors des usages courants, risque d'occasionner des dommages à l'habitation ou au voisinage. Presque tous les docteurs l'autorisent à faire habiter par qui il veut, parent ou non, à condition que cette règle de bonne conduite soit appelée à être respectée. Cela exclut *a priori*, sauf stipulation explicite, des métiers tels que forgeron, foulon ou meunier. En revanche n'est pas mal jugée l'occupation par un assez grand nombre de personnes ; as-Saraḫsī la déclare même par deux fois favorable à la conservation du bâtiment ! Est admise la présence d'animaux domestiques dans la limite de ce qui est habituel. Si l'occupant mène une vie notoirement licencieuse, boit du vin, introduit des porcs, la *Mudawwana* prescrit que les autorités interviennent ; de toute façon, le loyer reste dû. Est tolérée la location aux non-musulmans ; mais des solutions

(1) *Mudawwana*, XI, 91, 163-165 ; *Muqaddimāt* II, 338-339. Cf. aussi *Bidāya* II, 226-227. — Chez les šāfiʿites, cf. notamment *Muhaḏḏab* I, 405 ; *Wajīz*, 234-238 ; chez les ḥanbalites, *Mugnī* VI, 27. Ces deux écoles approuvent aussi la résiliation d'office s'il y a destruction totale du bâtiment.

diverses sont adoptées s'ils se mettent à vendre du vin ou à introduire des porcs ; et l'emploi par eux comme établissement de culte public du local loué n'est autorisé, précisent les ḥanafites, que dans des quartiers ou des régions où les musulmans ne sont pas en majorité. Abū Ḥanīfa, mais non les autres chefs d'écoles, se serait même opposé, nous dit-on, à ce que l'immeuble loué servît de mosquée, pour éviter que l'accomplissement de la prière rituelle fût lié à un contrat de location (1).

Il est rappelé souvent que le locataire, tout en acquérant la propriété des utilités de la chose louée, n'est que le dépositaire de celle-ci par un « contrat de confiance » *(amāna)* qui exclut pour lui toute « responsabilité » *(ḍamān)* relative à la chose, s'il n'y a pas faute de sa part. Dans le cas d'effondrement total ou partiel de l'immeuble, nous avons vu sans surprise ce qu'il en est ; mais cette conception aide sans doute aussi à mieux comprendre quelques autres dispositions (2). Les ḥanafites enseignent que si le locataire creuse un puits avec l'autorisation du propriétaire, et qu'un homme ou un animal y tombe, c'est le propriétaire qui en a la responsabilité. Il en est de même si le locataire, que ce soit sur instruction ou non du propriétaire, nettoie le puits et blesse accidentellement quelqu'un en en rejetant la terre, à condition qu'il ait travaillé correctement, parce qu'il a normalement besoin de se servir du puits (3). Le locataire qui, avec ou sans l'autorisation du propriétaire, a construit un four à pain n'est pas responsable non plus s'il en résulte un incendie dans l'immeuble ou chez les voisins, parce que cette installation est l'une des « conséquences ordinaires du fait d'habiter » *(tawābiʿ as-suknà)* sans que soit indispensable

(1) *Ḫizāna*, 309 ; *Mabsūṭ* XV, 130, 133 (quand on a loué un local en indiquant que c'est pour un foulon, il est licite d'y installer un forgeron si l'inconvénient n'est pas plus grand), 134, 147, 148, 153, XVI, 39 ; *Tuḥfa* II, 517 ; *Badāʾiʿ* IV, 182 ; *Hidāya* III, 172 ; *Umm* IV, 33 ; *Muhaḏḏab* I, 401-403 ; *Wajīz*, 235-238 ; *Mudawwana* XI, 156, 159-160, 162, 165 ; *Muqaddimāt* II, 339-340 ; *Muġnī* VI, 51-52, 132, 136.

(2) P. ex. une référence expresse à la notion d'*amāna* si le locataire vient à perdre la clé qui lui a été remise par le bailleur : *Wajīz*, 234 ; *Muġnī* VI, 31.

(3) A propos de puits, relevons cette précision, du moins chez šāfiʿites et ḥanbalites : la fourniture du seau et de la corde incombe au locataire ; *Tanbīh*, 76 ; *Muhaḏḏab* I, 400 ; *Muġnī* VI, 31.

l'agrément du bailleur. La *Mudawwana* mālikite se prononce aussi pour la non-responsabilité du locataire si un feu de four normal provoque un incendie. Les ḥanbalites acceptent qu'une maison louée serve d'entrepôt alimentaire ; l'un d'eux cependant envisageait que ce fût illicite à cause d'un risque d'incendie qui pénaliserait injustement le propriétaire ([1]).

En dehors des dégâts ou sinistres évoqués jusqu'ici, à qui incombent les travaux d'entretien ordinaires de l'immeuble loué ? Une distinction est établie habituellement entre le balayage des ordures, des cendres et des détritus d'une part, que doit, de l'avis général, effectuer le locataire, et d'autre part le nettoyage des égouts et latrines, sur lequel ne s'est pas faite l'unanimité. Au moment de la location, le bailleur doit les livrer vides et nets ; mais lorsqu'ils ont été remplis en cours d'occupation, par qui leur vidange doit-elle être assumée ? Là-dessus se manifestent divergences ou hésitations. Dans les traditions mālikites et šāfi'ites un certain flottement se perçoit. Les ḥanbalites, eux, mettent alors expressément la vidange à la charge du locataire, ce qui les oppose ouvertement aux ḥanafites, d'après qui elle incombe au propriétaire. Ces derniers reconnaissent qu'en vertu du « raisonnement par analogie » *(qiyās)* ce devrait être à la charge du locataire, comme en principe le balayage de la maison qu'il a occupée ; mais ils justifient leur solution contraire par leur recours bien connu à ce qu'ils nomment l'« équité » *(istiḥsān)* en tenant compte ici de deux facteurs : la coutume, qui est à prendre en considération dans le louage, et le fait que le nettoyage des égouts risque d'obliger à creuser le sol, dont le locataire n'a pas la propriété. Celui-ci néanmoins ne peut contraindre le bailleur à faire opérer la vidange, ce qui, à nos yeux, diminue singulièrement son droit, d'autant plus que s'il y fait procéder lui-même il ne peut exiger d'être défrayé que s'il a agi sur instruction du bailleur ([2]).

(1) *Aṣl,* f° 22 b ; *Mabsūṭ* XV, 148-150, 154-155 (cf. *ibid.* XVI, 43-44, sur la licéité ou non de prendre en location une terrasse ou un mur en vue d'effectuer certains travaux) ; *Mudawwana* XI, 158 ; *Muġnī* VI, 51.

(2) *Aṣl,* f°s 16 b-17 a ; *Mabsūṭ* XV, 141-142, 144 ; *Tuḥfa* II, 520 ; *Mudawwana* XI, 151, 163 ; *Wajīz,* 235 ; *Muġnī* VI, 31-32.

La *Mudawwana*, rapportant des avis soit de Mālik soit de son disciple immédiat Ibn al-Qāsim, déclare licite de stipuler, dans le contrat de location, certaines clauses contraires aux usages courants concernant des travaux d'entretien. Par exemple, le balayage pourra incomber expressément au propriétaire ; en sens inverse, le locataire peut être chargé de menues réparations dont le besoin se fera sentir — dans la limite toutefois du prix du loyer —, ou bien du recrépissage des murs, s'il est précisé à l'avance une ou deux fois par an ou tous les deux ans, mais non simplement quand ils en auront besoin (1). En revanche ces deux dernières clauses, et celles également qui imposeraient au locataire d'installer à ses frais une porte ou une poutre, sont stigmatisées par les ḥanafites comme entachant le contrat de nullité ; leur argument est que le travail ainsi exigé serait un élément du prix du louage, dont on ignorerait par conséquent, lors de la formation du contrat, le montant exact (2). Voici, par contre, deux sortes de dépenses que les ḥanafites mettent à la charge du preneur : le salaire du gardien d'immeuble et — ce qui est plus rare assurément — la rémunération du forgeron appelé par le locataire, sans instruction du propriétaire, à réparer la serrure de la porte d'entrée qu'il a trouvée bloquée après en avoir reçu la clé (3).

*
* *

Ce ḥanafisme, sourcilleux à certains égards plus qu'à d'autres, est aussi l'école qui a accepté, voire développé dès ses débuts la méthode des *ḥiyal*, ces moyens astucieux, sinon toujours de tourner la loi, du moins de l'appliquer habilement, avec plus de profit ou de commodité. Le traité que leur a consacré aš-Šaibānī (m. 805) n'a pas manqué de s'intéresser à l'*ijāra*. On y lit quelques conseils de précautions juridiques à prendre en la matière, si l'on se méfie des suites du contrat. Ils se

(1) *Mudawwana* XI, 150-151. Cf. *ibid.* 168, sur les modalités éventuelles de défraiement par le propriétaire, en fin de location, de travaux effectués, soit sur son ordre, soit sans son ordre, par le locataire.

(2) *Mabsūṭ* XVI, 34 ; *Badā'i'* IV, 194.

(3) *Aṣl*, f° 23 a-b ; *Mabsūṭ* XV, 149, 156.

retrouvent dans l'ouvrage similaire, légèrement postérieur, d'un autre ḥanafite, Abū Bakr al-Ḫaṣṣāf (m. 874). Par exemple : craindre que le partenaire invoque une excuse légale pour résilier avant son terme une location convenue pour plusieurs années. Si c'est le locataire qui éprouve cette crainte, « qu'il indique pour chaque année du début un loyer faible, et pour la dernière année un loyer fort, ce qui n'incitera pas à le faire partir » ; mais passer le contrat en deux actes distincts, pour éviter qu'un juge ramène le calcul du loyer au prorata des années ! Si c'est le propriétaire qui éprouve semblable crainte, mettre à l'inverse la plus grande partie du loyer sur la première année, de manière à décourager le locataire de résilier par la suite ; s'il le fait quand même, le propriétaire n'en sera pas lésé ! Autres précautions à prendre par ce dernier s'il redoute que le locataire ne soit pas solvable : qu'il exige un « garant » *(kafīl)* pour le paiement du loyer mensuel ! S'il redoute que le locataire tarde à rendre l'habitation à l'expiration du temps convenu, qu'il la lui loue moyennant un dinar par jour au-delà de ce terme, prix assez élevé pour décourager le locataire de poursuivre l'occupation ! Les deux partenaires sont conviés à désigner d'avance un « témoin honorable ou notaire » *('adl)* entre les mains de qui le logement pourra être rendu si le locataire a peur que le propriétaire soit absent à l'achèvement du délai. Si le propriétaire a peur que le locataire soit absent au terme de la location et que l'épouse de celui-ci refuse de restituer le logement, il est conseillé de mettre la location au nom de l'épouse avec engagement du mari [1].

*
* *

Enfin, de bonne heure aussi, ḥanafisme et mālikisme principalement ont étudié, au niveau judiciaire, les conflits qui, en dépit des précautions prises, peuvent opposer propriétaire

(1) *Maḫārij,* 97-101 (= pp. 9-11 de la pagination arabe) ; *Ḥiyal,* 151-153. A y relever cet exemple de formalisme minutieux : contre l'avis de certains de la même école, il est inopérant, dans une location au mois, que le locataire dise un jour au bailleur : « Au début du mois prochain notre contrat sera résilié », parce que c'est faire dépendre la résiliation d'une « condition » *(šarṭ)*]à venir] ; il doit dire : « Est résiliée la location entre nous pour le début du mois prochain ».

et locataire d'immeuble. La présomption en faveur des déclarations de l'un ou de l'autre, ainsi que la procédure de la « preuve formelle » *(bayyina)* — preuve testimoniale orale ou écrite, comme nous savons —, ou du « serment » *(yamīn)* sont évoquées. L'adage célèbre est, tacitement ou non, sous-jacent : « La preuve incombe à celui qui allègue et le serment à celui qui nie ».

Relevons d'abord les solutions proposées dans un certain éventail d'hypothèses par le ḥanafite aš-Šaibānī, reprises et complétées plus tard dans la même école par as-Saraḫsī. Si l'habitant d'un logement répond au propriétaire qui lui en réclame le loyer qu'il le lui a *prêté* à titre gratuit, son dire sous serment est valable, à moins que le propriétaire, en tant que demandeur, apporte la preuve formelle du contraire. Il en est de même si l'occupant d'une maison réplique à qui lui en réclame le loyer que la maison lui appartient ou lui a été prêtée par un tiers. De même encore si le locataire proteste qu'il a loué pour une durée moins longue que celle dont on lui réclame le loyer ([1]). En revanche, si l'occupant prétend que le propriétaire lui a *donné* le local, c'est à lui de fournir la preuve formelle du transfert de propriété. Des explications quelque peu embrouillées d'as-Saraḫsī on dégagera comme argument essentiel que dans les premiers cas l'occupant « nie » *(munkir)* simplement la prétention de l'adversaire, tandis que dans le dernier cas il « allègue » *(yaddaʿī)* à son encontre une opération juridique à démontrer ([2]).

Toujours chez ces deux maîtres ḥanafites, d'autres types de désaccord entre propriétaire et locataire. Si ce dernier, qui a reçu la clé, affirme, en fin de durée, qu'il n'a pu ouvrir et habiter, le dire du propriétaire qui conteste fait foi ; sa preuve, le cas échéant, l'emporterait sur celle du locataire parce qu'il est « manifeste » *(ẓāhir)* que la personne qui détient la clé peut ouvrir elle-même ou en se faisant aider ([3]). Si le locataire, qui a installé dans la maison une forge ou un atelier de foulage provoquant des dégâts, affirme que ce genre d'activité a été prévu

(1) S'il reste au-delà du temps convenu, il risque d'être traité en « usurpateur » *(ġāṣib)*.

(2) *Aṣl,* f°s 18 a, 21 a ; *Mabsūṭ* XV, 148, 151.

(3) *Aṣl,* f° 21 a-b ; *Mabsūṭ* XV, 152 (cf. *ibid.* 147 : le loyer est dû chaque fois que le locataire a pu ouvrir).

lors de la location, la contestation sous serment du propriétaire fait foi en l'absence de preuve justifiant ce « surcroît » *(ziyāda)* d'utilisation du local par rapport à l'usage courant ; mais une preuve formelle par le locataire l'emporterait ([1]). Résumons d'autres sujets de litige. Qui, du propriétaire ou du locataire, est l'auteur de constructions ou installations effectuées dans l'immeuble loué ? Il est tenu compte des probabilités qu'enseignent les usages. Pour ce qui est regardé comme faisant partie ou dépendant normalement du bâtiment — porte, escalier, poutre, plâtrage, crépissage, puits, égout, four ordinaire (mais non four à briques ou à chaux), etc. —, le dire sous serment du propriétaire fait foi, à moins d'une preuve formelle fournie par le locataire, laquelle l'emporterait. En sens inverse, s'il s'agit seulement de matériaux déposés dans la maison, ils sont assimilés aux meubles, et le dire sous serment par le locataire fait foi, à moins d'une preuve formelle fournie par le propriétaire, laquelle l'emporterait. S'il est reconnu que des travaux incombant en principe au propriétaire ont été effectués par le locataire, le différend peut porter sur le point de savoir si le propriétaire avait donné son accord préalable, ou bien sur le montant de la dépense : c'est alors le dire sous serment du propriétaire qui fait foi, à moins que le locataire fournisse une preuve formelle de ce qu'il prétend. Si le locataire veut éviter le risque de ne pas être cru sur le montant de la dépense, il lui est conseillé de procéder comme suit : en faire l'avance sur le loyer par-devant témoins au propriétaire, qui lui rend cette somme en le chargeant des travaux comme « homme de confiance » *(amīn)* dont le dire sous serment, sur du probable, suffira ([2]).

De la même lignée ḥanafite al-Kāsānī (m. 1191), qui a fait effort vers des classifications systématiques, présente ainsi la procédure en justice lorsqu'il y a désaccord entre le bailleur et le preneur sur le quantum de l'une ou l'autre des prestations échangées *(badal* et *mubdal).* Il y a lieu de distinguer selon que

(1) *Aṣl,* f° 17 b ; *Mabsūṭ* XV, 147.

(2) *Aṣl,* f°s 16 a-b, 17 b ; *Maḫārij,* 99-100 ; *Mabsūṭ* XV, 143-144 (cf. *ibid.* : le locataire peut aussi en principe, à condition que cela ne nuise pas au bâtiment, enlever des matériaux tels que des briques qui lui ont déjà servi, au su du propriétaire, pour quelques travaux).

les utilités n'ont pas encore été pleinement exploitées ou qu'est déjà écoulé le temps de la location : *A)* Dans le premier cas, on fait jurer les deux adversaires, d'abord le locataire si le différend porte sur le loyer (parce qu'il *nie* avoir à payer davantage), d'abord le propriétaire si le différend porte sur l'immeuble loué (parce qu'il *nie* avoir à fournir davantage) ; quand tous deux ont fait leur déclaration sous serment, la location est résiliée. Mais si *l'un* des deux a pu produire une preuve formelle, celle-ci l'emporte ; si *chacun* des deux a pu produire une preuve formelle, celle du bailleur l'emporte quand le différend porte sur le loyer, et c'est l'inverse quand le différend porte sur l'immeuble loué. *B)* Dans le second cas, où le montant du loyer n'est en cause que pour le temps écoulé, le dire sous serment du locataire fait foi, et l'on ne fait pas jurer le propriétaire, car de toute façon, quelle que soit l'analyse proposée (assimilation à la vente ordinaire ou spécificité du caractère périssable des utilités), le serment réciproque n'aurait pas de sens puisqu'il n'aurait pas comme conséquence une résiliation (1).

*
* *

Revenons un instant en arrière pour retrouver le mālikisme de la *Mudawwana* (IXe siècle). Là déjà, dans le conflit judiciaire entre propriétaire et locataire sur le montant du loyer, apparaît, avec des nuances dans son application, le serment réciproque qui entraîne résiliation. Il en sera ainsi, notamment, si chacune des parties avance un prix qui n'est pas vraisemblable ; et le locataire devra s'acquitter d'un prix jugé normal pour son temps d'occupation. Si un occupant prétend être logé à titre gratuit, le dire sous serment du propriétaire fait foi quand il revendique un loyer raisonnable : ce qui est plus en sa faveur que la solution ḥanafite ci-dessus rapportée. Logiquement, comme chez les ḥanafites, dans les différends sur l'appartenance des choses de la maison, le dire du propriétaire est admis en principe pour ce qui fait partie du bâtiment, et celui du locataire pour les biens mobiliers. Un locataire pour une année affirme avoir effectué

(1) *Badā'i'* IV, 218.

quelques réparations et veut en déduire le prix du montant du loyer ; en dépit de la dénégation du propriétaire, il lui est donné raison s'il a pour lui la réalité récente des travaux. Il en est de même si le propriétaire l'en ayant chargé l'accuse de ne pas les avoir effectués, à moins que le mensonge du locataire soit prouvé ; mais un autre avis, moins favorable à ce dernier, exige de lui une preuve formelle tandis qu'au propriétaire incombe le serment (1).

Šāfiʿisme et ḥanbalisme, eux aussi, entérinent, à défaut de preuve formelle, quand il y a litige entre propriétaire et locataire sur le montant du loyer ou la quantité des utilités concédées, la procédure du serment réciproque qui résilie la location, comme pour une vente ordinaire. D'après le šāfiʿite aš-Šīrāzī (m. 1083), en ce qui concerne l'habitation louée, si le bailleur prétend que le preneur, qui le conteste, en a fait un usage abusif, le dire de celui-ci — sauf preuve contraire — fait foi, parce que la présomption d'irresponsabilité joue en sa faveur. Si le preneur prétend l'avoir restituée et que le bailleur le nie, le dire de ce dernier fait foi, parce que la crédibilité de l'autre, qui a pris en location pour sa jouissance personnelle, ne paraît pas s'imposer. — Le ḥanbalite Ibn Qudāma (m. 1223) précisera que, dans la contestation sur le prix de la location, c'est le bailleur qui le premier prête serment. Si la résiliation intervient, le loyer dû est le juste loyer calculé par « équivalence » *(ajr al-miṯl)*. Et il ajoute qu'en cas de désaccord sur la durée de la location pour une somme fixée, la présomption est en faveur du propriétaire en tant qu'il *dénie* un surplus de jouissance dans le temps (2).

* * *

Enfin, avant de clore cette étude déjà surchargée malgré ses failles (3), il nous a semblé convenir de jeter un coup d'œil

(1) *Mudawwana* XI, 166-167. Beaucoup plus tard, sous la plume d'Averroès, *Bidāya* II, 231 : chez les mālikites, en cas de désaccord sur ce qu'a été la durée réelle de la jouissance, la présomption est en faveur du locataire, parce qu'il est débiteur.

(2) *Tanbīh,* 77 ; *Muhaḏḏab* I, 409 ; *Muġnī* VI, 143-144.

(3) De propos délibéré, pour ne pas trop alourdir cet exposé, nous avons délaissé certaines questions. Exemples : en quoi peut consister le paiement du loyer, ou ce

rapide sur la législation šīʿite médiévale en la matière. Elle n'apporte, à vrai dire, sur la location immobilière, rien de bien neuf par rapport aux traités sunnites que nous avons examinés. Résumons du moins les ouvrages de deux auteurs dont chacun, dans son propre milieu, a joui d'une grande autorité.

A) Les *Daʿāʾim al-Islām* du cadi fāṭimide an-Nuʿmān (m. 974). — Le locataire n'a pas le droit d'introduire ni de faire sans l'autorisation du propriétaire ce qui risque d'être dommageable à l'habitation ou aux voisins. Il n'est aucunement responsable s'il se comporte correctement. Il n'a le droit de sous-louer à un prix plus élevé que s'il y a un apport de sa part dans le bâtiment ; il peut sous-louer au prix de son propre loyer tout en gardant pour lui une partie du logement. La location d'une quote-part de l'indivis est licite. Si la maison se délabre ou s'effondre, le propriétaire n'est pas contraint de réparer, et le locataire a le choix de demeurer ou de déguerpir (ce qui résilie le bail) ; le loyer est alors calculé suivant le temps d'occupation. Si le propriétaire réclame le loyer à un occupant qui réplique qu'il lui a prêté le logement à titre gratuit [1], le dire sous serment du propriétaire est valable, à défaut de preuve formelle de l'un des deux. En cas de désaccord sur le montant du loyer avant ou après l'entrée en jouissance, le serment réciproque, à commencer par le propriétaire, entraîne résiliation. Si le locataire prétend avoir fait des dépenses pour des réparations sur instruction du propriétaire, ce que ce dernier nie, la preuve formelle incombe au locataire demandeur et le serment au propriétaire qui nie [2].

B) Les *Šarāʾiʿ al-Islām* de l'imāmite al-Muḥiqq al-Ḥillī (m. 1277), ainsi que son *Muḫtaṣar an-nāfiʿ*. — Le propriétaire doit livrer la clé. Le locataire n'est responsable du bâtiment que s'il y a eu mauvais usage de sa part. Il a le droit de sous-louer, sauf clause contraire, mais non à un prix plus élevé à moins que le locataire ait fait du neuf. La location d'une quote-part de l'indivis est licite.

qui concerne les personnes mineures, ou le rôle d'un « mandataire » *(wakīl)* traitant au nom de l'une ou l'autre des parties. Ajoutons que les ouvrages détaillés, à commencer par le *Kitāb al-Aṣl*, envisagent de surcroît un très grand nombre de cas spéciaux.

(1) Au lieu de *bi-l-ikrāʾ*, lire *bilā kirāʾ*.

(2) *Daʿāʾim* II, 74-76 principalement.

L'utilité dont jouira le locataire lui est appropriée par le contrat (voir ci-dessus les divergences sunnites à ce sujet). Le paiement du loyer peut être immédiat ou à échéances fixes. Le locataire a le droit de résilier s'il constate un défaut assez grave dans le logement ; s'il s'en accommode, le loyer ne sera pas réduit, même si la jouissance est diminuée. Si la maison s'effondre, il a le droit de résilier, à moins que — mais sur cette réserve un flottement est avoué — le propriétaire ne fasse réparer promptement ; s'il tarde trop, le locataire peut résilier et se faire rembourser la part du loyer versée pour le temps qui restait à courir. La location n'est pas annulée par la vente ni pour excuse personnelle. Si le locataire devient insolvable, le bailleur est en droit de résilier. La mort de l'un des deux partenaires met-elle fin au contrat ? Les avis des docteurs de l'école sont partagés ; une opinion, qui n'est guère retenue, a été émise, limitant l'annulation au seul décès du locataire. S'il y a litige entre propriétaire et occupant sur le fait même de la location, le dire sous serment du propriétaire qui nie (avoir prêté le logement à titre gratuit) est valable. Si le désaccord porte sur le montant du loyer, le dire sous serment du locataire fait foi. S'il porte sur le quantum de la chose louée ou sur sa restitution, c'est le dire sous serment du propriétaire qui fait foi (1).

***

Parvenus au terme de cette enquête, qui a sans doute ses côtés fastidieux, mais que nous espérons éclairante sur certains aspects, remettons-nous en mémoire la diatribe, évoquée en tête, d'al-Jāḥīẓ. L'amusante caricature littéraire et les sèches dissertations juridiques se recouperont dans notre esprit. Ces deux genres très dissemblables recouvrent, chacun à sa manière, un fond de vérité. Les mentalités, les modes de voir et de raisonner s'y exercent, sous des angles nettement distincts, sur le même tissu économique et social de relations humaines. Et cette confrontation ou ce mélange nous aideront à en mieux saisir la réalité historique, le sens concret.

***

(1) *Šarā'i'*, 233-238 ; *Muḫtaṣar nāfi'*, 179-180.

LISTE DES SOURCES JURIDIQUES ARABES CITÉES DANS LES NOTES

Aṣl = *Kitāb al-Aṣl* de Muḥammad aš-Šaibānī (ḥanafite, m. 805) : les références ci-dessus se rapportent à la partie intitulée *Kitāb al-Ijārāt*, d'après un ms. (fiqh ḥanafite 34) de la Bibliothèque nationale du Caire (666 hég./1267). Je suis reconnaissant au R. P. Anawati, qui a bien voulu très aimablement m'en procurer une photocopie.

Badā'i' : *Badā'i' aṣ-ṣanā'i'* d'al-Kāsānī (ḥanafite, m. 1191), éd. Caire 1910.

Bidāya: *Bidāyat al-mujtahid* d'Averroès (mālikite, m. 1198), éd. Caire 1935.

Da'ā'im = *Da'ā'im al-Islām* du cadi an-Nu'mān (fāṭimide, m. 974), éd. Fyzee, Caire 1960.

Hidāya, d'al-Marġīnānī (ḥanafite, m. 1197), éd. Caire s.d.

Ḥiyal d'al-Ḫassāf (ḥanafite, m. 874), éd. Schacht, Hanovre 1923.

Ḫizāna = *Ḫizānat al-fiqh* d'Abū l-Laiṯ as-Samarqandī (ḥanafite, m. 983), éd. Bagdad 1966.

Ifṣāḥ d'Ibn Hubaira (ḥanbalite, m. 1165), éd. Alep 1928.

Iḥyā' = *Iḥyā' 'ulūm ad-dīn* d'al-Ġazālī (šāfi'ite, m. 1111), Livre XIII, chap. 2.

Išrāf = *Al-Išrāf 'alà masā'il al-ḫilāf* du cadi 'Abdalwahhāb (mālikite, m. 1031), éd. Tunis, s.d.

Mabsūṭ d'as-Saraḫsī (ḥanafite, m. 1097), éd. Caire 1324-31 hég.

Maḫārij = *Maḫārij fi l-ḥiyal*, de Muḥammad as-Šaibānī (cf. ci-dessus), éd. Schacht, Leipzig 1930.

Matn, d'al-Qudūrī (ḥanafite, m. 1037), éd. Caire 1948.

Mudawwana, de Saḥnūn (mālikite, m. 854), éd. Caire 1323 hég.

Muġnī, de Muwaffaq ad-dīn Ibn Qudāma (ḥanbalite, m. 1223), éd. Caire 1347 hég.

Muhaḏḏab, d'aš-Šīrāzī (šāfi'ite, m. 1083), éd. Caire s.d.

Muḥallà, d'Ibn Ḥazm (ẓāhirite, m. 1064), éd. Caire 1350 hég.

Muḫtaṣar d'al-Muzanī (šāfi'ite, m. 878), en marge de l'éd. de Boulak 1321 hég., du *Kitāb al-Umm* d'aš-Šāfi'ī.

Muḫtaṣar nāfi', d'al-Muḥaqqiq al-Ḥillī (imāmite, m. 1277), éd. Nedjef 1964.

Muqaddimāt, d'Ibn Rušd l'aïeul (mālikite, m. 1126), éd. Caire 1325 hég.

Muqni', de Muwaffaq ad-dīn Ibn Qudāma (cf. ci-dessus), éd. Caire s.d.

Šarā'i' = *Šarā'i' al-Islām*, d'al-Muḥaqqiq al-Ḥillī (cf. ci-dessus), éd. Beyrouth 1930.

Tanbīh, d'aš-Šīrāzī (cf. ci-dessus), éd. Caire 1348 hég.

Tuḥfa = *Tuḥfat al-Fuqahā'*, de 'Alā' ad-dīn as-Samarqandī (ḥanafite, m. 1144), éd. Damas 1958.

'Umda, de Muwaffaq ad-dīn Ibn Qudāma (cf. ci-dessus), éd. Caire 1933.

Umm = *Kitāb al-Umm*, d'aš-Šāfi'ī (m. 820), éd. Caire 1961.

Uṣūl, d'as-Saraḫsī (cf. ci-dessus), éd. Caire 1954.

Wajīz, d'al-Ġazālī (cf. ci-dessus), éd. Caire 1317 hég.

N.B. — Il n'a pas été donné de références aux traductions faites notamment en français par A. Laïmèche pour la *Bidāya*, par G. H. Bousquet pour l'*Iḥyā'* (en abrégé), la *Mudawwana* (en abrégé) et le *Tanbīh*, par H. Laoust pour la *'Umda*, par A. Querry pour les *Šarā'i'*, — en anglais par Ch. Hamilton pour la *Hidāya*.

Robert BRUNSCHVIG
(Paris-Biarritz)